

8. Participatie in de Omgevingswet; Symboolwetgeving of effectieve prikkel voor een andere projectaanpak?

Auteur: Marjolein Dieperink¹

1. Inleiding

1.1. Centrale vraag: participatie en het omgevingsplan

In het kader van een nieuwe, ingrijpende ruimtelijke ontwikkeling in mijn woonomgeving, schreef de gemeente Amsterdam mij in mei 2016 dat zij afzag van inspraak. Want *‘bij inspraak bestaat de kans dat de gemeente een dergelijke voorziening nergens kan realiseren en dat zou betekenen dat de gemeente niet aan haar wettelijke taak zou kunnen voldoen’*, aldus de gemeente. In dezelfde week stuurde de gemeente mij nog een tweede brief over een vergelijkbaar project, waarbij eveneens van inspraak werd afgezien. Het afzien van inspraak, althans het afzien van het betrekken van de omgeving bij de besluitvorming over een nieuw project of ruimtelijke opgave steekt af tegen het participatiemantra dat uit de kamerstukken van de Omgevingswet (‘Ow’) klinkt. Volgens die stukken is (maatschappelijke of burger)participatie één van de ‘doorsnijdende thema’s’ van de Ow en de daarop gebaseerde AMvB’s.² Daarin wordt onder participatie verstaan: *‘het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden (burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en andere overheden) bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit.’*³ Met het in een vroeg stadium betrekken van omwonenden, in de omgeving gevestigde bedrijven en natuur- en milieuorganisaties (hierna tezamen ook: ‘de omgeving’) beoogt de wetgever voor nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen een breed draagvlak te borgen en maatschappelijke acceptatie te bespoedigen. Door participatie bij besluitvorming worden besluiten beter en doorlooptijden van procedures korter, aldus de wetgever.⁴ Deze doelstelling van het regelen van participatie in de Ow sluit aan bij de doelstellingen van het verdrag van Aarhus.⁵ Het regelen van participatie in de Ow is evenwel niet vereist om de verplichtingen van het verdrag van Aarhus te implementeren.⁶

Het voorliggende preadvies gaat over de wijze waarop participatie bij de totstandkoming van een omgevingsplan in de Ow en het daarop gebaseerde ontwerpbesluit Omgevingsbesluit (‘Ontwerp Ob’) zal worden geregeld. De centrale, juridische vraag luidt of de wetgever het betrekken van de omgeving bij de totstandkoming van een omgevingsplan anders zou moeten regelen dan thans

¹ Mr. dr. M.A.M. Dieperink is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam en als onderzoeker verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Zie hoofdstuk 3 van het algemene deel van de Nota van Toelichting (hierna: ‘NvT’) op het ontwerpbesluit Omgevingsbesluit, waarover in de periode 1 juli 2016 – 16 september 2016 consultatie heeft plaatsgevonden.

³ Vgl. de definitie van ‘participatieve aanpak’, zie de Memorie van Toelichting (hierna: ‘MvT’) van de Ow, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 389.

⁴ O.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 12, p. 135 e.v., p. 58 van het algemeen deel en p. 40 van het artikelsgewijze deel van de NvT op het ontwerpbesluit Omgevingsbesluit.

⁵ Het verdrag van Aarhus beoogt onder meer de verantwoording en transparantie van de besluitvorming te bevorderen en de publieke steun voor besluiten over het milieu te versterken.

⁶ Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 12, § 6.3.5.

beoogd. Deze vraag wordt beantwoord door de participatiebepalingen van de Ow te beoordelen op effectiviteit en te beschouwen vanuit het rechtszekerheid- en gelijkheidsbeginsel. De effectiviteit beoordeel ik aan de hand van de genoemde redenen voor het regelen van participatie in de Ow, zijnde het borgen van een breed draagvlak voor nieuwe ontwikkelingen, het realiseren van betere besluiten en snellere procedures.

1.2 Het omgevingsplan, participatie en milieubescherming

Het centrale thema van de bundel waarin dit preadvies verschijnt, luidt 'het omgevingsplan en milieubescherming'. Wanneer milieubescherming wordt gezien vanuit de klassieke milieuaspecten als geluid, geur en externe veiligheid, zijn participatie en milieubescherming aan elkaar gerelateerd, omdat door het betrekken van de omgeving projectalternatieven en –varianten in beeld kunnen komen die minder milieubelastend zijn dan het aanvankelijk voorgenomen project of de aanvankelijk bedachte oplossing. Daar waar de wetgever 'betere besluiten' noemt als een reden voor het verankeren van participatie in de Ow, zal daarvan in ieder geval sprake zijn indien als gevolg van participatie een project wordt gerealiseerd dat (per saldo) minder verstreckende milieugevolgen heeft dan het aanvankelijk voorgenomen project.

Hiernaast zou een bredere definitie van milieubescherming kunnen worden aangehouden, waarbij milieubescherming wordt benaderd vanuit de grote opgaven die de komende decennia moeten worden opgelost, zoals energietransitie en klimaatverandering. De Europese en nationale ambities en doelstellingen dienaangaande vergen dat complexe en voor de omgeving ingrijpende projecten worden gerealiseerd, zoals grote windparken en CO₂-opslag. Voor het van de grond krijgen van deze projecten mag het belang van participatie niet worden onderschat. Dergelijke projecten zijn in het verleden dikwijls gestrand, juist vanwege het ontbreken van een maatschappelijk draagvlak. Bezien vanuit de belangrijke opgaven van energietransitie en klimaatverandering is de in dit preadvies plaatsvindende beschouwing van de participatiebepalingen van de Ow daarom zeer relevant. Immers, op basis daarvan kan worden getoetst of de Ow eraan bijdraagt dat participatie en, in het verlengde daarvan, complexe energieprojecten daadwerkelijk van de grond komen.

1.3 Opbouw en afbakening

In § 2 ga ik in op participatie in de huidige praktijk, zonder de Ow. In § 3 schets ik hoe participatie in de Ow en het ontwerp Ob is voorzien. Als in dit preadvies wordt gesproken over de participatiebepalingen van de Ow, doel ik op de (ontwerp)artikelen die in § 3 worden besproken.

De toets van de participatiebepalingen op effectiviteit en vanuit het rechtszekerheid- en gelijkheidsbeginsel heb ik vertaald in drie stellingen, die in § 4 aan de orde komen, te weten:

- I: De wetgever moet concreter aangeven wat hij onder participatie verstaat (§ 4.2);
- II. De omgeving wordt bij voorkeur ook betrokken in de planuitwerkings-, realisatie- en exploitatiefases (§ 4.3); en

III: Daadwerkelijke betrokkenheid van de omgeving bij het maken van ruimtelijke keuzes in een omgevingsplan is in de Ow onvoldoende verzekerd (§ 4.4).

Aan de hand van deze stellingen beantwoord ik in § 5 de centrale vraag of de wetgever in of bij de Ow het betrekken van de omgeving bij de totstandkoming van een omgevingsplan anders moet regelen. Ik benadruk dat deze vraag vanuit een juridisch perspectief zal worden beantwoord. Participatie en de Ow kunnen ook, bijvoorbeeld, vanuit een sociaal-maatschappelijk, bestuurskundig of een politiek gezichtspunt worden beschouwd. Dergelijke gezichtspunten vallen buiten het bereik van dit preadvies.⁷

2. Participatie in de praktijk

2.1 Huidige wetgeving

De huidige omgevingsrechtelijke wetgeving stelt geen eisen aan het structureel betrekken van de omgeving bij nieuwe projecten en ruimtelijke opgaven voorafgaand aan het formele besluitvormingsproces, dat wil zeggen voordat een ontwerpplan of -besluit voorhanden is.⁸ Wel bevat de wet procedurevoorschriften die afdwingen dat de omgeving (in bepaalde gevallen) bij het besluitvormingsproces wordt betrokken, hetgeen als participatie zou kunnen worden geduid. Een voorbeeld hiervan is inspraak.⁹ Gemeenten zijn evenwel vrij om te bepalen wanneer inspraak aan de orde is. Artikel 150 Gemeentewet regelt immers dat gemeenten een inspraakverordening vaststellen, maar stelt geen materiële eisen aan de inhoud daarvan. Evenmin regelt de wet hoe moet worden omgegaan met inspraakreacties, zoals daarin voorgestelde projectalternatieven. Een ander voorbeeld van participatie in de huidige wetgeving is de mogelijkheid van het indienen van een reactie op de notitie reikwijdte en detailniveau, ingeval een milieueffectrapport wordt gemaakt. Dat is evenwel niet altijd het geval. Bovendien is de betrokkenheid van de omgeving beperkt tot milieuaspecten.

Dat de wet participatie bij nieuwe projecten en ruimtelijke opgaven niet structureel regelt, betekent niet dat dit een nieuw fenomeen is. Voor bepaalde typen projecten is met participatie al in meer of mindere mate ervaring opgedaan. Ik ga hierna in § 2.2 en § 2.3 in het bijzonder in op infrastructuurprojecten in het kader van het Meerjarenprogramma Infrastructuur, Ruimte en Transport ('MIRT') en windparken op land. Voorts heeft de Nationale Ombudsman in de zogenoemde participatiewijzer tien spelregels geformuleerd voor het behoorlijk omgaan met de inbreng en inspraak voor burgers. Deze regels komen in § 2.4 aan de orde. Deze paragraaf geeft geen

⁷ Zie in algemene zin over het omgaan met (maatschappelijke of burger)participatie op gemeentelijk niveau bijvoorbeeld het rapport *'Maatwerkdemocratie; naar een krachtiger, trefzekere gemeenteraad 2020 als kruispunt in de lokale democratie'* van de Denktank Vereniging van Nederlandse Gemeenten (juni 2016) en het rapport *'15,9 uur; de verbindende rol van het raadslid in een vitale democratie'* van de Raad voor het openbaar bestuur (april 2016).

⁸ De toepassing van de thans bij omgevingsrechtelijke wetgeving voorgeschreven voorbereidingsprocedure ex afdeling 3.4 Awb en in het bijzonder de daarin opgenomen zienswijzenmogelijkheid wordt soms wel en andere keren niet gerekend tot de instrumenten voor participatie. Participatie omvat hoe dan ook meer dan alleen de mogelijkheid om zienswijzen in te dienen. Bij participatie ligt de nadruk op het betrekken van de omgeving vóór de formele besluitvormingsprocedure en dus vóór de toepassing van afdeling 3.4 Awb.

⁹ Dat inspraak in de Ow wordt gerekend tot de instrumenten voor participatie volgt onder meer uit *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 23, p. 124.

alomvattende beschrijving van de genoemde documenten, maar is gericht op het signaleren van de relevante onderwerpen voor een verankering van participatie in de Ow.

2.2 MIRT-projecten en de Code Maatschappelijke Participatie

Voor MIRT-projecten en -opgaven is participatie verankerd in de Code Maatschappelijke Participatie (hierna: 'de Code').¹⁰ Ik ga hierna in het bijzonder in op de wijze waarop in de Code de startbeslissing, het participatieplan, en het aandragen van alternatieven of varianten door de omgeving is verankerd.

De Code stelt vooral formele eisen aan een participatieproces. Zo moet ieder project beginnen met een startbeslissing. Op dat moment moet een participatieplan beschikbaar zijn, waarin de verschillende projectfasen worden beschreven. In zo'n participatieplan moet per fase worden aangegeven welke keuzes aan de orde zijn, zodat de omgeving een constructieve inbreng kan hebben. In de Code worden de volgende projectfasen onderscheiden: de initiatieffase, de verkenningsfase, de planuitwerkingsfase en de realisatiefase.¹¹ In elk van deze fases dient de omgeving bij het project te worden betrokken, zij het dat die betrokkenheid per fase verschilt.

Een belangrijk deel van de Code gaat over de mogelijkheid voor de omgeving om alternatieven voor of varianten op een voorgenomen project(uitvoering) voor te stellen. Vooral in de initiatief- en verkenningsfase zal hiervoor ruimte bestaan. Voor ieder (tijdig) aangedragen alternatief of variant wordt beoordeeld of dat kansrijk is. Als dat het geval is, ondersteunt de overheid een verdere uitwerking van dat alternatief of die variant. Daarna vindt een tweede beoordeling plaats, waarbij het uitgewerkte alternatief of de variant wordt afgewogen tegen de door de oorspronkelijke initiatiefnemer voorgenomen projectuitvoering. Als de keuze uiteindelijk niet op het alternatief of de variant valt, heeft de omgeving de mogelijkheid om de overheid te vragen om die keuze voor te leggen aan onafhankelijke experts. De Code stelt niet dat de overheid daartoe verplicht is.

Ik zou mij kunnen voorstellen dat de Code op een aantal punten wordt aangevuld. Zo volgt uit de Code niet duidelijk wie de eerste beoordeling verricht of een alternatief of variant kansrijk is. Evenmin is helder wie de tweede beoordeling verricht of een uitgewerkt alternatief of variant de voorkeur geniet boven de door de oorspronkelijke initiatiefnemer voorgenomen projectuitvoering. Deze beoordelingen zullen niet door de initiatiefnemer worden gedaan. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat bij MIRT-projecten zowel de initiatiefnemer als de partij die deze beoordelingen verricht tot de overheid behoort. Uit het oogpunt van de achterliggende doelstellingen 'draagvlak en maatschappelijke acceptatie' is het daarom van belang dat een deskundige en niet direct aan de initiatiefnemer verbonden partij die beoordelingen voor zijn rekening neemt. Vooral indien een door de omgeving aangedragen, uitgewerkt alternatief of variant niet wordt overgenomen.

¹⁰ Voluit: *Code Maatschappelijke Participatie; Eerder, breder en beter; Maatschappelijke participatie bij – MIRT – projecten*; versie d.d. 21 mei 2014.

¹¹ De exploitatiefase wordt soms ook tot de projectfasen van een MIRT-project gerekend. Ook in de exploitatiefase kan participatie plaatsvinden. Financiële participatie bij windprojecten is daar een voorbeeld van.

In het verlengde hiervan zij erop gewezen dat de Code vooral een procedure beschrijft. Zij stelt nauwelijks materiële eisen aan een participatieproces of de inhoud van het participatieplan. Zo ontbreekt voor beide hiervoor bedoelde beoordelingen een uitgewerkt toetsingskader en heeft de overheid veel beoordelingsvrijheid. Hierdoor zijn de beoordelingen nauwelijks toetsbaar door de rechter. Dit zou enerzijds als nadeel kunnen worden ervaren, omdat daardoor onvoldoende druk bestaat om een aangedragen alternatief of variant serieus te overwegen. Anderzijds moet worden bedacht dat geen project gelijk is en het daarom niet evident is dat een algemeen toepasbaar toetsingskader kan worden geformuleerd.

2.3 Windparken en de Gedragscode Draagvlak en Participatie

Voor windparken op land is eveneens in de praktijk ervaring opgedaan met participatie door de omgeving. Het belang van participatie bij deze projecten hangt samen met de impact die een windpark op de omgeving kan hebben. Zo kan de omgeving overlast ervaren vanwege slagschaduw en het geluid van windturbines en ziet de omgeving de aanwezigheid van een windpark soms als een verstoring van het landschap. Vanwege dergelijke aspecten kan maatschappelijk verzet tegen een windproject ontstaan, met lange besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures tot gevolg.

Ik ga hierna in het bijzonder in op de projectkeuzes waarover participatie bij windprojecten kan plaatsvinden en op de aandacht voor financiële participatie en compensatie. Wat betreft de projectkeuzes waarbij de omgeving wordt betrokken, is een belangrijk verschil tussen windprojecten en MIRT-projecten, dat MIRT-projecten plaatsvinden op initiatief van de overheid en worden bekostigd uit de overheidsfinanciën. Windprojecten daarentegen worden veelal door een private partij met private middelen ontwikkeld.¹² Deze private partij dient de participatie door de omgeving te organiseren, bij voorkeur in samenwerking met de lokale overheden. Idealiter wordt daarvoor, net als bij MIRT-projecten, een participatieplan opgesteld waarin per projectfase wordt beschreven over welke projectkeuzes participatie plaatsvindt en hoe die participatie wordt georganiseerd. Dit is ook afgesproken in het zogenoemde Energieakkoord en is nadien uitgewerkt in de Handleiding Participatieplan Windenergie op Land.¹³

In algemene zin zal bij een privaat windproject over minder projectkeuzes participatie (kunnen) plaatsvinden dan bij een MIRT-project. Voor de private ontwikkelaar zijn de

¹² Volledigheidshalve zij vermeld dat voor windprojecten een SDE-subsidie kan worden verkregen. SDE staat voor stimulering duurzame energieproductie. Een SDE-subsidie is geen investeringssubsidie maar een exploitatiesubsidie, zodat de bouw van een windproject uit private middelen moet worden bekostigd.

¹³ Het Energieakkoord uit 2013 bevat afspraken tussen onder meer het kabinet, werkgevers, werknemers, natuur- en milieuorganisaties, energiebedrijven en decentrale overheden over het realiseren van een volledig duurzame energievoorziening per 2050. In het Energieakkoord staat dat bij windprojecten (van meer dan 15 megawatt), voorafgaand aan een project gezamenlijk met de betrokken overheden een participatieplan wordt opgesteld. Om initiatiefnemers en overheden meer houvast te bieden bij het opstellen van een participatieplan is een handleiding daarvoor opgesteld. Volledigheidshalve zij vermeld dat ik medeauteur ben. De Nederlandse WindEnergie Associatie ('NWEA') heeft deze handleiding digitaal beschikbaar gesteld, zie www.handleidingparticipatieplan.nl.

keuze voor het type project en de locatie veelal gegeven.¹⁴ Het bevoegd gezag dient weliswaar te bepalen of het windproject op de locatie van de private ontwikkelaar ruimtelijk aanvaardbaar is, maar heeft beperkte mogelijkheden om te sturen op een ander type project of een andere locatie. Tegen deze achtergrond gaat participatie bij windparken vaak niet over projectalternatieven – zoals een zonnepark in plaats van een windpark – of alternatieve locaties, maar over de wijze van projectrealisatie en -exploitatie. Zo kunnen afspraken worden gemaakt over de precieze locaties van de individuele turbines, geluidsemissies of het stilzetten van de turbines bij bepaalde weersomstandigheden. Zulke afspraken tussen initiatiefnemers en de omgeving kunnen soms worden vertaald in maatwerkvoorschriften, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval.¹⁵

Tegen de achtergrond dat bij participatie over een windpark veelal de keuze voor windenergie en de locatie een gegeven zijn voor de private initiatiefnemer die het participatieproces organiseert, kan worden verklaard dat bij windparken veel aandacht uitgaat naar financiële participatie door de omgeving. Zo staat in het Energieakkoord dat de Ow zal regelen dat decentrale overheden lokale eisen kunnen stellen aan het organiseren van draagvlak, waarbij wordt gedacht aan *'aandelen, obligaties of andere vormen van mede-eigendom,'* stelt het Energieakkoord.^{16,17}

Financiële participatie is nader geconcretiseerd in de door de windsector geïnitieerde Gedragscode Draagvlak en Participatie wind op land.¹⁸ Daarin worden – naast de financiële deelneming met aandelen of obligaties – de oprichting van een lokaal fonds, een omwonendenregeling zoals groene stroom met korting, korting op de energierekening of een andere (financiële) vergoeding en het creëren lokale werkgelegenheid genoemd als maatregelen om het draagvlak voor een windpark te

¹⁴ De hierna te noemen NWEA-gedragscode neemt tot uitgangspunt dat participatie plaatsvindt over een concreet project en heeft om die reden betrekking op de vergunningverleningsfase en de daarop volgende projectfasen. Door sommigen is hierop de kritiek geuit dat de gedragscode ten onrechte niet uitgaat van een situatie waarin de overheid nog een locatie- en projectkeuze dienen te maken. Zo is het denkbaar dat het startpunt van een windproject bestaat uit een gemeentelijke beleidsvisie (over duurzame energie), in plaats van een concreet project van een private initiatiefnemer.

¹⁵ Wat betreft de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften vast te stellen, zij ter illustratie gewezen op art. 3.14a van het Activiteitenbesluit, waarin geluidsnormen voor een windturbine of windpark worden geregeld. Art. 3.14a leden 2 en 3 van het Activiteitenbesluit bevat de bevoegdheid om bij maatwerkvoorschrift normen met lagere waarden vaststellen, onder meer in verband met bijzondere lokale omstandigheden.

¹⁶ Zie § 4.2.1 van het Energieakkoord. In het Energieakkoord staat ook dat in de Ow wordt geregeld dat windontwikkelaars met de betrokken overheden voorafgaand aan [de besluitvorming voor] een project een participatieplan opstellen.

¹⁷ Bij aandelenuitgifte kan de omgeving financieel participeren in de vennootschap die het windpark zal exploiteren. Bij financiële participatie door middel van obligaties sluit de omgeving obligatieleningen met een windpark af. Obligatieleningen geven aan de omgeving geen zeggenschapsrechten. Verder wordt in de praktijk gebruik gemaakt van een coöperatie of windvereniging. Dan wordt een windpark geëxploiteerd door een coöperatie of vereniging, waarvan de omgeving lid wordt. Leden kunnen recht hebben op bepaalde winstuitkeringen die zijn gerelateerd aan de financiële prestaties van het park.

¹⁸ Deze gedragscode (uit september 2014) is opgesteld door de NWEA in samenspraak met een aantal natuur- en milieuorganisaties. Zie verder: <http://www.nwea.nl/images/PDFs/Gedragscode-draagvlak-en-participatie-wind-op-land-31-oktober-2015.pdf> (pagina laatstelijk geraadpleegd op 20 september 2016). De NWEA-gedragscode is niet onomstreden. Zo heeft de Nederlandse Vereniging Omwonenden Windturbines een eigen gedragscode uitgebracht. De Vereniging Eigen Huis heeft een zeven spelregels voor wind op land geformuleerd.

bevorderen.¹⁹ Uit een recente evaluatie van de gedragscode volgt dat bij vrijwel alle windparken een vorm van financiële participatie plaatsvindt.²⁰ Overigens ziet een aantal van de in de gedragscode genoemde maatregelen niet zozeer op (financiële) participatie, maar op het (bovenwettelijk) compenseren van de omgeving. Zo'n compensatie kan eveneens leiden tot het vergroten van het draagvlak en de acceptatie van een windpark. Het oprichtingen van een windfonds is een voorbeeld van een compensatiemechanisme bij windparken.²¹

De genoemde evaluatie bevat ook aanbevelingen. Zo stelt de evaluatie dat overheden hun regierol in het participatieproces actiever moeten oppakken. Daarbij wordt geconstateerd dat bij overheden vaak kennis, capaciteit en middelen ontbreken om een participatieproces actief en effectief op te pakken. Dit wordt volgens mij onder meer veroorzaakt doordat over participatie in het algemeen en bij windparken in het bijzonder (te) veel informatie beschikbaar is. Als een gevolg hiervan is de gehanteerde terminologie niet eenduidig en bestaat geen heldere en gezaghebbende instructie over hoe overheden, initiatiefnemers en de omgeving aan participatie invulling kunnen geven. Idealiter zou de Ow dit vacuüm vullen. Een punt dat daarbij ook aan de orde moet komen, is wat bij een private ontwikkeling de rolverdeling tussen overheid en initiatiefnemer kan zijn. De bedoelde evaluatie signaleert dat overheden bij windprojecten een regierol moeten pakken, maar het voor mij de vraag in hoeverre zo'n regierol van de overheid aan de orde moet zijn bij private initiatieven. Ik kan mij voorstellen dat de verantwoordelijkheid voor een deugdelijke participatie dan bij de private ontwikkelaars komt te liggen.

2.4 Nationale Ombudsman en de Participatiewijzer

Wat betreft de bestaande praktijk vermeld ik tot slot de Participatiewijzer van de Nationale Ombudsman, waarin tien spelregels zijn gegeven voor een behoorlijke burgerparticipatie. Ik vermeld hierna de eerste en vierde spelregel. De ombudsman past deze spelregels ook toe op (de besluitvorming voor) ruimtelijke projecten.²² Spelregel één stelt dat participatie moet plaatsvinden als een project invloed heeft op de leefomgeving en er ruimte voor participatie bestaat. Ingeval deze spelregel naar de letter wordt geïnterpreteerd, zal participatie bij een groot deel van de projecten moeten plaatsvinden. Bij welke projecten participatie aan de orde is, is uiteindelijk een politieke keuze. In § 4.4 stel ik aan de orde dat de Ow ten onrechte geen keuze maakt wat betreft de typen projecten waarvoor participatie aan de orde is. De vierde spelregel luidt: 'De gemeente bepaalt, voordat het participatietraject van start gaat, welke rol de burger krijgt: meebeslissen, coproduceren, adviseren, raadplegen of informeren.' Deze spelregel maakt duidelijk dat er verschillende

¹⁹ Zie ook de in opdracht van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland ('RVO') verschenen publicatie '*Juridische aspecten windfonds*' d.d. 1 april 2014 en de publicatie '*Participatiemodellen voor de realisatie van windenergie op land; handreiking voor bewoners, lokale ondernemers, gemeenten en investeerders*' van Agentschap NL – de voorganger van RVO – uit november 2011.

²⁰ Zie *Evaluatie Gedragscode draagvlak en participatie wind op land* van Bosch & Van Rijn d.d. 10 maart 2016. Voor concrete voorbeelden, zie de navolgende informatie over de poldermolen in Windpark Wieringermeer <http://www.windparkwieringermeer.nl/poldermolen/#37> en de navolgende informatie over het aandelenfonds en het obligatiefonds bij Windpark Westermeerwind: <http://www.westermeerwind.nl/windpark-vraagt-voorkeur-inwoners-voor-participatie>.

²¹ Zie bijvoorbeeld de navolgende informatie over het windfonds bij Windpark Wieringermeer: <http://www.windparkwieringermeer.nl/windfonds/#37>

²² Zie het rapport '*omstreden bestemming*' van de Nationale Ombudsman d.d. 20 september 2016.

vormen van participatie zijn. Participatie houdt niet alleen in dat de omgeving in de gelegenheid wordt gesteld om alternatieven en varianten voor te stellen. De Code concentreert zich wat betreft participatie juist wel op de mogelijkheid om alternatieven en varianten aan te dragen.

2.5 Lessen en aandachtspunten uit de praktijk

Uit de bestaande praktijk kan een aantal lessen worden getrokken. Zo volgt daaruit dat formele eisen aan het participatieproces kunnen worden gesteld, onder meer door een (publieke of private) initiatiefnemer te verplichten om in een vroeg stadium een participatieplan op te stellen en bekend te maken. Over de inhoud en de uitvoering van zo'n participatieplan bestaat bij voorkeur een eenduidige instructie van een gezaghebbende bron. Verder zou in een participatieplan per projectfase kunnen worden aangegeven over welke projectkeuzes participatie plaatsvindt, wat de rol van de omgeving is en hoe de participatie wordt georganiseerd. Voor (publieke) initiatieven zou kunnen worden geregeld dat ruimte moet bestaan voor het aandragen van alternatieven of varianten. Ook indien eenmaal de keuze voor een bepaalde projectopzet is gemaakt (en de initiatief- en verkenningsfases zijn afgerond), en geen ruimte meer bestaat voor het meenemen van alternatieven of varianten, kan participatie plaatsvinden. Participatie gaat dan over wijze van projectrealisatie en –exploitatie. In dat kader kan worden gedacht aan financiële participatie en compensatie.

Verder leid ik uit de bestaande praktijk een aantal aandachtspunten voor participatie in de Ow af. Ik meen dat de wet zou moeten bepalen voor welke typen projecten en opgaven participatie in ieder geval moet plaatsvinden. Indien participatie plaatsvindt, moet helder zijn wat de rolverdeling tussen het bevoegd gezag en de initiatiefnemer is. Voor private initiatieven moet duidelijk worden vastgelegd in hoeverre het bevoegd gezag een rol en verantwoordelijkheid heeft bij het organiseren van het participatieproces. Ik meen dat indien participatie de verantwoordelijkheid is van een private initiatiefnemer, zou moeten worden geregeld dat indien geen sprake is een deugdelijke participatie (terwijl dat gelet op de aard van het project wel is vereist), het bevoegd gezag het initiatief daarom niet inhoudelijk hoeft te beoordelen. Het moet dan wel helder zijn wat onder een deugdelijke participatie wordt verstaan. Bij overheidsinitiatieven is een belangrijk aandachtspunt wie binnen de overheid de aangedragen alternatieven, varianten en andere oplossingen afweegt tegen het oorspronkelijk voorgenomen project of de aanvankelijk meest waarschijnlijke oplossing. In het verlengde daarvan ligt de vraag welk toetsingskader geldt voor het afwegen van alternatieven en varianten tegen het oorspronkelijke project of projectuitvoering.

3. Participatie in de Ow

3.1 Participatie en het projectbesluit

In de Ow en het daarop gebaseerde Ontwerp Ob is participatie vooral uitgewerkt voor de procedure voor het projectbesluit ('de projectprocedure'). Deze procedure is bedoeld voor complexe opgaven in de fysieke leefomgeving, waarbij een

maatschappelijk belang aan de orde is.²³ De projectprocedure kan zowel bij publieke als private initiatieven aan de orde zijn.²⁴ Gemeenten kunnen geen projectbesluit vaststellen.

De regeling voor participatie in de projectprocedure vertoont veel gelijkenis met de Code (zie § 2.2). De verplichtingen ter zake van de participatie rusten op het bevoegd gezag, ook ingeval van een privaat initiatief (artikelen 5.47 en 5.48 Ow). Zo regelt de Ow voor de verkenningsfase van de projectprocedure dat participatie plaatsheeft doordat het bevoegd gezag een ieder in de gelegenheid stelt om oplossingen voor de betrokken ruimtelijke opgave aan te dragen. Hierbij kan worden gedacht aan alternatieven voor en varianten op het project of de projectuitvoering. Het bevoegd gezag moet een toetsingskader geven voor de redelijkerwijs in beschouwing te nemen oplossingen.²⁵ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat voor de uitleg van dit begrip naar analogie gebruik wordt gemaakt van de bestaande jurisprudentie inzake 'redelijkerwijs in beschouwing te nemen alternatieven' in de zin van de m.e.r.-regelgeving. Volgens die jurisprudentie hoeven alternatieven alleen in beschouwing te worden genomen, als hiermee het doel van het project kan worden gehaald en ze geen exorbitante kosten met zich brengen. In de verkenning wordt besloten of aangedragen oplossingen in beschouwing worden genomen. Voorafgaand daaraan kan een onafhankelijk deskundige worden geraadpleegd. Tegen het besluit om een aangedragen oplossing (niet) in beschouwing te nemen, zal geen bezwaar en beroep openstaan.²⁶

Het bevoegd gezag is verplicht om kennis te geven van het voornemen een verkenning uit te voeren en moet aangeven hoe het participatieproces wordt ingericht. Het bevoegd gezag moet aangeven wie wordt betrokken, waarover dat gaat en wanneer dat plaatsvindt, wat de rol is van het bevoegd gezag en de initiatiefnemer, en waar aanvullende informatie beschikbaar is (artikel 4.2 lid 1 Ontwerp Ob).

In een (in voorkomende gevallen te nemen) voorkeursbeslissing en het projectbesluit moet het bevoegd gezag ingaan op het doorlopen participatieproces en op aangedragen oplossingen (artikel 5.51 Ow en artikel 4.4 lid 2 Ontwerp Ob). Het besluit om een aangedragen oplossing niet in beschouwing te nemen lijkt, in beginsel, door de rechter inhoudelijk te kunnen worden getoetst. Immers, een voornemen bevat een toetsingskader voor redelijkerwijs in beschouwing te nemen oplossingen (zie artikel 5.47 lid 3 Ow) en de dienaangaande gemaakte keuzes moeten in (een voorkeursbeslissing en) het projectbesluit worden verantwoord.

3.2 Participatie en een privaat initiatief

Ingeval van een privaat initiatief waarvoor niet de projectprocedure wordt doorlopen, is de initiatiefnemer verplicht tot het organiseren van participatie. Hij dient bij zijn omgevingsvergunningaanvraag gegevens te verstrekken over die participatie en het

²³ Zie ook p. 60 van het algemene deel van de NvT bij het Ontwerp Ob.

²⁴ Zo zal bij de Invoeringswet Ow worden geregeld dat de projectprocedure van toepassing is op windprojecten, zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 177 (voetnoot 108).

²⁵ De term 'redelijkerwijs' is de juridische vertaling van criterium 'kansrijkheid' in de Code, zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 109.

²⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 109.

overleg met derden (artikel 16.55 lid 6 Ow). De Ow regelt uitsluitend dat participatie moet plaatsvinden, niet hoe die participatie moet worden georganiseerd. Dit is een bewuste keuze van de wetgever.²⁷ In een ministeriële regeling zal nog worden uitgewerkt hoe en wanneer een initiatiefnemer de gegevens moeten verstrekken. Daarin wordt naar ik hoop ook bepaald in welke gevallen een initiatiefnemer een participatieproces moet organiseren. Naar ik aanneem is het niet de bedoeling dat aan iedere omgevingsvergunningaanvraag participatie voorafgaat. Wat op dit moment al wel kan worden vastgesteld is dat de initiatiefnemer het participatieproces voorafgaand aan de aanvraag moet organiseren, zonder direct verband met het bestuurlijke besluitvormingsproces.

3.3 Participatie en het omgevingsplan

Om projecten te realiseren, zullen gemeenten beschikken over het omgevingsplan en de omgevingsvergunning voor het afwijken van het omgevingsplan. Zij kunnen hierbij op vrijwillige basis de participatiebepalingen van de projectprocedure in acht nemen.²⁸ De Ow verplicht evenwel niet tot participatie bij het vaststellen van een omgevingsplan (of een omgevingsvergunning voor het afwijken van het omgevingsplan). Zo regelt artikel 16.29 Ow dat de gemeenteraad moet kennisgeven van zijn voornemen om een omgevingsplan vast te stellen, maar wordt daarbij geen participatie voorgeschreven. Verder staat in het Ontwerp Ob dat bij het vaststellen van een omgevingsplan moet worden aangegeven hoe het participatieproces is ingericht, maar kan daaruit geen verplichting tot het organiseren van participatie worden afgeleid (artikel 8.1 Ontwerp Ob). Voor het vaststellen van een omgevingsplan zal in de regel inspraak worden opengesteld. Dat is echter evenmin verplicht.

4. Analyse van participatie in de Ow

4.1 Algemeen

In deze paragraaf neem ik drie stellingen in, aan de hand waarvan ik de participatiebepalingen in de Ow zoals beschreven in § 3 analyseer. Het toetsingskader dat ik daarbij hanteer, betreft de effectiviteit en het rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel.

4.2 Stelling I: De wetgever moet concreter aangeven wat hij onder participatie verstaat

Ondanks het betitelen van participatie als een ‘doorsnijdend thema’ bevat de Ow slechts een summiere regeling daarvan. Op de keper beschouwd, schrijft de Ow uitsluitend participatie voor bij het projectbesluit en wordt participatie in dat verband vooral concreet gemaakt wat betreft het kunnen aandragen van alternatieven, varianten en overige oplossingen voor een ruimtelijke opgave of voorgenomen

²⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 39.

²⁸ Indien gemeenten vrijwillig de participatiebepalingen van de projectprocedure volgen, bedraagt de rechterlijke beslistermijn bij beroep zes maanden; zie art. 5.55 jo. 16.87 Ow. Gemeenten zijn (bij de vaststelling van een omgevingsplan dat voorziet in een project van publiek belang) niet verplicht zijn om de participatiebepalingen van de projectprocedure te volgen.

project in de zogenoemde verkenningsfase.²⁹ Afgezet tegen de bestaande praktijk als beschreven in § 2 moet worden geconcludeerd dat deze invulling van het begrip participatie beperkt is, onder meer omdat participatie daarin ook een rol speelt in latere projectfases.

Uit de wet en de (parlementaire) stukken lijkt te mogen worden opgemaakt dat aan de wetgever een ruimer begrip van participatie voor ogen heeft gestaan. Echter, wat dat begrip concreet inhoudt en welke directe implicaties participatie heeft op (de besluitvorming voor en realisatie van) een publiek of privaat initiatief, is onduidelijk. Zo stelt de Ow voor de projectprocedure weliswaar het opstellen van een participatieplan verplicht, maar komt de wetgever wat betreft de inhoud daarvan niet verder dan dat in een participatieplan moet staan wie wordt betrokken, waarover die betrokkenheid gaat en wanneer participatie plaatsvindt, wat de rol is van het bevoegd gezag en de initiatiefnemer, en waar aanvullende informatie beschikbaar is.³⁰ Deze algemene regeling biedt in mijn ogen nauwelijks houvast voor het bevoegd gezag, de initiatiefnemer en de omgeving.

Een lastig punt is bijvoorbeeld hoe moet worden bepaald wie wel en wie niet kunnen participeren in (de besluitvorming van) een project. In algemene zin lijkt de kring van degenen die worden betrokken, ruimer te moeten worden getrokken dan de kring van belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Algemene wet bestuursrecht ('Awb').³¹ Verder is duidelijk dat een ieder in de verkenningsfase van een projectprocedure oplossingen mag aandragen. Ingeval van financiële participatie bij een windproject daarentegen wordt in de regel een beperkte groep geselecteerd waarvoor die vorm van participatie openstaat. In de praktijk bestaat voor het bepalen van deze groep geen vaste, bij ieder windproject toegepaste gedragslijn. Deze groep is in het algemeen groter of minder strikt afgebakend dan de kring van belanghebbenden.³² Ook als een insprekavond, werkatelier, brainstormsessie of iets vergelijkbaars wordt georganiseerd, zal niet zijn vereist dat een ieder daarvoor wordt uitgenodigd. Hoe het bevoegd gezag, de initiatiefnemer en de omgeving hiermee onder de Ow moeten omgaan, is allerm minst duidelijk.

Doordat de wet en de (parlementaire) stukken niet concreet maken wat participatie is, wordt, in mijn ogen ten onrechte, geen onderscheid gemaakt tussen de organisatie van een participatieproces ingeval van een projectprocedure, althans een publiek initiatief enerzijds en een privaat initiatief anderzijds. De Ow eist van een private initiatiefnemer dat hij gegevens over participatie verstrekt. De wetgever stuurt deze private initiatiefnemer wat betreft de vormgeving van het participatieproces echter het bos in, omdat hij geen instructies of materiële normen voor een behoorlijke

²⁹ O.a. p. 54, 176 en 188 van de MvT.

³⁰ Art. 4.2 Ontwerp Ob.

³¹ Zie ook p. 60 van het algemene deel van de NvT bij het Ontwerp Ob.

³² Er bestaat relatief veel rechtspraak waarin omwonenden van een windpark niet als belanghebbenden worden aangemerkt. Volgens die rechtspraak is bepalend of een windpark een zodanige ruimtelijke uitstraling heeft dat het van invloed is op het woon- en leefklimaat. Ter illustratie verwijs ik naar ABRvS 20 mei 2016 (kenmerk 201503226/1/R6), JB 2016/91. Wat betreft een omwonende die op 2 km afstand woont, wordt overwogen dat de omstandigheden dat sprake is van een open landschap en dat de omwonende direct zicht heeft op het park, op zichzelf nog niet met zich brengen dat hij belanghebbende is. Het uitzicht wordt vervolgens te beperkt geacht. Verder wordt overwogen dat gelet op de afstand, hinder als gevolg van geluid en slagschaduw, en externe veiligheidsrisico's worden uitgesloten.

participatie heeft geformuleerd of zal formuleren. Niettemin stelt de parlementaire geschiedenis dat het primair de verantwoordelijkheid van de initiatiefnemer is om voor een 'adequate vorm' van participatie zorg te dragen.³³ De Ow biedt wat betreft het beoordelen van de plaatsgevonden participatie evenmin aan het bevoegd gezag houvast. Verder is niet geregeld dat een gemeente een aanvraag mag afwijzen, reeds omdat geen behoorlijke participatie heeft plaatsgevonden.

Dat de Ow vooral volstaat met het uitgangspunt dat participatie moet plaatsvinden en nauwelijks concrete instructies aan het bevoegd gezag en initiatiefnemers bevat, onderbouwt de wetgever met de uitspraak dat participatie maatwerk is en dat participatie een interactief proces is dat niet op wetsniveau kan worden geregeld.³⁴ Verder merkt de wetgever op dat van professionele bestuursorganen mag worden verwacht dat zij op een passende wijze aan participatie invulling geven.³⁵ Daarbij is een afstemming op de specifieke kenmerken van een project, de locatie, de omgeving, etc. essentieel. De wetgever merkt op dat hiervoor een handreiking zal worden opgesteld, met handvatten voor de vormgeving van een participatieproces.³⁶ In de plaats van het waarborgen van participatie door concrete instructies en materiële normen, beoogt de wetgever een verandering van de bestuurscultuur om te bereiken dat de omgeving daadwerkelijk (tijdig) betrokken raakt bij de ruimtelijke besluitvorming en de realisatie van projecten.³⁷ Wat betreft zo'n verandering van de bestuurscultuur wordt onderkend dat burgers, bedrijven en overheden belang hebben bij een zekere eenheid van overheidshandelen.³⁸

Dat de vormgeving van een participatieproces maatwerk is, stel ik niet ter discussie. Indachtig de in § 1.1 aangehaalde aanpak van de gemeente Amsterdam, meen ik echter dat er duidelijker instructies en materiële normen nodig zijn om de bedoelde bestuurscultuurverandering en daadwerkelijke participatie te realiseren. Die instructies en materiële normen worden bij voorkeur in een wettelijke regeling opgenomen en niet (alleen) in een handreiking. Als met de genoemde participatiebepalingen in de Ow wordt volstaan, is de kans reëel dat – als al participatie wordt beleden – participatie als formaliteit wordt gezien die met, bijvoorbeeld, een algemene voorlichtingsavond en mooischrijverij kan worden ingevuld. In het verlengde hiervan constateer ik dat, bij de huidige participatiebepalingen in de Ow, de concrete invulling van een participatieproces nauwelijks aan de rechter kan worden voorgelegd.³⁹ Tegelijkertijd impliceert de huidige onduidelijkheid omtrent de inhoud en reikwijdte van de participatiebepalingen een procesrisico. Het gebrek aan houvast brengt met zich dat een rechter zou kunnen oordelen dat de participatie anders of beter had moeten worden

³³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 39.

³⁴ O.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 109 en p. 57 van het algemene deel van de NvT bij het Ontwerp Ob.

³⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 23, p. 124.

³⁶ p. 58 van het algemene deel van de NvT bij het Ontwerp Ob.

³⁷ O.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 109 en p. 58 van het algemene deel van de NvT bij het Ontwerp Ob.

³⁸ Vgl. Bestuursakkoord implementatie Ow tussen minister Schultz van Haegen (IenM), de Vereniging voor het Interprovinciaal Overleg, De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en de Unie van Waterschappen (juli 2015), p. 4.

³⁹ Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 23, p. 128 - 129, waar onder meer wordt overwogen: "De verantwoording over en de controle op de invulling van participatie zou naar het oordeel van de regering vooral in het politieke discours moeten plaatsvinden."

vormgegeven. Over de vorm en inhoud van een participatieproces kan immers tussen de overheid, een initiatiefnemer en de omgeving verschil van inzicht bestaan. Het is uiteraard te verkiezen dat een participatieproces op een natuurlijke wijze wordt ingevuld en zonder dwang daarover consensus ontstaat tussen alle betrokkenen, maar dat zal niet altijd zo lopen.⁴⁰

Tegen deze achtergrond meen ik dat als de ambitie is om met de Ow structureel een andere projectaanpak te introduceren waarin participatie in iedere projectfase een rol speelt, de wetgever meer richting zou moeten geven dan nu het geval is. Blijkens de parlementaire geschiedenis is op zich gezocht naar mogelijkheden om materiële normen te stellen aan participatie.⁴¹ Echter, voor zover ik heb kunnen nagaan is geen echte poging gedaan om materiële eisen te formuleren die aan participatie in de verschillende projectfases kunnen worden gesteld. Gegeven het feit dat de wetgever participatie betitelt als doorsnijdend thema meen ik dat een brede inventarisatie had dienen plaats te vinden van de verschillende projecten waarbij een vorm van participatie aan de orde is (geweest). Bij de behandeling van de Ow in de Tweede Kamer is op zich afgesproken dat zo'n (alsnog) inventarisatie wordt uitgevoerd.⁴² Zo'n inventarisatie moet worden gebruikt om bijvoorbeeld in kaart te brengen of er gemene delers zijn en, als dat het geval is, die gemene delers te vertalen naar wetgeving. Een dergelijke inventarisatie dient dus om te kunnen bepalen of het mogelijk is om een minimumniveau van participatie en een minimale inhoud van een participatieplan in regelgeving vast te leggen. Bruikbaar hierbij is wellicht ook de eerdergenoemde Handleiding Participatieplan Windenergie op Land. In die handleiding worden, net als bij MIRT-projecten, verschillende projectfases onderscheiden. Per fase wordt aangegeven welke instrumenten kunnen worden ingezet om participatie te realiseren.

Verder zou de wet kunnen regelen bij welke projecten in ieder geval participatie moet plaatsvinden, los van de vraag of een project wordt gerealiseerd op basis van een projectbesluit, een omgevingsplan of een omgevingsvergunning om af te wijken van een omgevingsplan.⁴³ Zo zouden bepaalde typen projecten of opgaven kunnen worden aangewezen die in het algemeen leiden tot een maatschappelijk debat, zoals (grote en middelgrote) windparken. Een andere gedachte is dat op nationaal niveau een orgaan of instantie wordt gecreëerd die voor aangewezen projecten (bindende) instructies geeft over de inrichting van het participatieproces. Een dergelijk orgaan of instantie kan weliswaar de bestuurslasten vergroten, tegelijkertijd kan de betrokkenheid van zo'n orgaan of instantie bijdragen aan de maatschappelijke acceptatie van een project en de gemaakte projectkeuzes. Een bijkomend voordeel

⁴⁰ Illustratief in dit verband is dat de genoemde NWEA-gedragscode voor windenergie niet door alle betrokkenen bij windprojecten wordt onderschreven en, zoals ook hiervoor vermeld, als tegengeluid de Nederlandse Vereniging Omwonenden Windturbines een alternatieve gedragscode heeft opgesteld en de Vereniging Eigen Huis eigen spelregels voor windenergie heeft gepubliceerd.

⁴¹ Zo is er een amendement ingediend waarmee voor windprojecten zou worden geborgd dat een aan te wijzen gedragscode wordt nageleefd met voorschriften voor het participatieplan, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 161. Dit amendement is verworpen. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 163.

⁴² Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 137.

⁴³ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat is voorgesteld om participatie (tenminste) voor te schrijven voor mer-plichtige projecten; *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 23, p. 126 – 127. Dit is afgewezen.

van een centraal orgaan of instantie is dat (op hoofdlijnen) uniformering in de vormgeving van een participatieproces kan plaatsvinden.

4.3 Stelling II: De omgeving wordt bij voorkeur ook betrokken bij de planuitwerkings-, realisatie- en exploitatiefases

Wat betreft de vormgeving van een participatieproces wordt in de (parlementaire) stukken van de Ow vooral wordt gewezen op de betrokkenheid van de omgeving in een vroegtijdig stadium van een project.⁴⁴ Hoewel in de Code wordt gewezen op het belang van een participatieplan dat alle projectfasen omvat, lijkt niettemin ook daarin de nadruk te liggen op de betrokkenheid van de omgeving in een vroegtijdige fase van een project. Uit de ervaringen met windprojecten kan echter worden afgeleid dat participatie niet alleen kan plaatsvinden als (in de initiatief- en verkenningsfase) nog een project- en locatiekeuze moeten worden gemaakt, maar (juist) ook in de planuitwerkings-, realisatie- en exploitatiefase. Financiële participatie in de exploitatiefase van een project is daarvan een goed voorbeeld. Er wordt dan draagvlak voor een project en de impact op de omgeving gecreëerd door de omgeving te laten meedelen in de financiële voordelen van het project. Een andere maatregel die kan worden getroffen als een gevolg van participatie in een latere projectfase is het op vrijwillige basis overeenkomen van maatwerkvoorschriften, althans afspraken met die strekking, om zo de negatieve projecteffecten voor de omgeving te verminderen. Participatie kan dan niet alleen bijdragen aan het draagvlak voor een project, maar ook tot een betere bescherming van het milieu. Wat betreft participatie in de realisatiefase zij gewezen op het aantrekken van lokale partijen en het creëren van lokale werkgelegenheid. Bij windparken wordt ook die wijze draagvlak gecreëerd.

Participatie in de planuitwerkings-, realisatie en exploitatiefase is niet zozeer een aangelegenheid van het bevoegd gezag, maar vooral van de initiatiefnemer en de omgeving. De besluitvorming is dan immers afgerond. De voorbeelden illustreren dat participatie in deze fasen niettemin van waarde kan zijn, vooral voor het creëren van draagvlak. Men zou zelfs kunnen stellen dat zonder het regelen van participatie in de planuitwerkings-, realisatie- en exploitatiefase, participatie niet meer is dan een (aangeklede) vorm van inspraak. In mijn ogen zou de Ow daarom, sterker dan nu het geval is, eveneens moeten sturen op participatie in de planuitwerkings-, realisatie en exploitatiefase. In mijn ogen zouden deze fasen in ieder geval in een participatieplan moeten worden onderscheiden en moet per fase worden aangegeven wat de te maken projectkeuzes zijn. Inzicht in de projectkeuzes maakt voor de omgeving inzichtelijk welke ruimte er is om, bijvoorbeeld, mee te beslissen of te adviseren.

Een aandachtspunt bij het regelen van participatie in de planuitwerkings-, realisatie- en exploitatiefase is de relatie met de omgevingsvergunning. De overheid zou, op zich, verplichtingen aangaande participatie in deze fasen kunnen opleggen bij verlening van de omgevingsvergunning. Dat is echter niet mogelijk indien de omgevingsvergunningplicht zou vervallen, bijvoorbeeld voor projecten in overeenstemming met het omgevingsplan. Op zich bestaat dan de mogelijkheid om

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 12, § 6.3.1 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 109.

participatie te laten plaatsvinden en, voor latere fases, te regelen bij het omgevingsplan. Daarbij moet evenwel worden bedacht dat naarmate een omgevingsplan een globaler karakter heeft, in de omgeving minder animo kan bestaan om intensief deel te nemen aan een participatieproces. Zo leert de ervaring bij windprojecten dat het lastig is om participatie te organiseren bij het maken van een beleidsvisie. Weerstand uit de omgeving openbaart zich dikwijls pas indien een uitgewerkt projectplan op tafel ligt.

De hier centraal staande stelling nodigt ook uit om dieper in te gaan op financiële participatie, met name op de vraag of financiële participatie voor bepaalde projecten wellicht moet worden voorgeschreven. Wat betreft windprojecten leeft onder sommigen het gevoel dat de omgeving op die wijze moet worden gecompenseerd voor de nadelige effecten van een project, bovenop de planschadetegemoetkoming. Het al dan niet voorschrijven van financiële participatie ik in mijn ogen geen juridische maar een politieke keuze. Zo lijkt artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM zich bij een eerste beschouwing niet te verzetten tegen een (voor bepaalde projecten) verplichte financiële participatie.

4.4 Stelling III: Daadwerkelijke betrokkenheid van de omgeving bij het maken van ruimtelijke keuzes in een omgevingsplan is onvoldoende verzekerd

In de preadviezen in deze bundel staat het omgevingsplan centraal. De hiervoor ingenomen algemene stellingen zijn ook daarop van toepassing. In deze paragraaf ga ik specifiek in op participatie bij de vaststelling van een omgevingsplan. De regeling in de Ow dienaangaande is minimaal. De gemeenteraad is slechts verplicht om inzichtelijk te maken hoe het participatieproces is ingericht (art. 8.1 Ontwerp Ob).⁴⁵ Van een echte plicht tot het organiseren van een participatieproces is daarom geen sprake. In mijn ogen is hoogstens sprake van een motiveringsplicht van de gemeenteraad. Om dezelfde redenen als genoemd bij stelling I meen ik dat de Ow preciezer moet regelen welke participatieverplichtingen de gemeente(raad) heeft bij het voorbereiden en vaststellen van een nieuw omgevingsplan.

Of participatie bij een omgevingsplan verplicht wordt gesteld, betreft uiteindelijk een politieke keuze. Op zich is een keuze om alleen tot participatie te verplichten bij het nemen van een projectbesluit ook valide. Dat zou dan echter met zoveel woorden moeten worden onderkend, zodat daarover geen misverstand kan bestaan. Indien participatie alleen voor de projectprocedure verplicht wordt gesteld, kan daartegenin worden gebracht dat ook bij een omgevingsplan of een project op aanvraag van een particuliere ontwikkelaar sprake kan zijn van ruimtelijke opgaven waarbij bijzondere aandacht voor het maatschappelijk draagvlak op zijn plaats is.

Tegen deze achtergrond zou het volgens mij beter zijn om, in plaats van het projectbesluit als aanknopingspunt voor verplichte participatie, bepaalde type projecten of opgaven aan te wijzen, waarbij participatie in ieder geval moet plaatsvinden. De Nationale Ombudsman hanteert op zich ook een criterium om te bepalen of participatie moet plaatsvinden, namelijk of een project invloed heeft op de

⁴⁵ Zoals reeds onderbouwd verplicht art. 5.55 van de Ow niet tot het toepassen van de participatieverplichtingen van de projectprocedure ingeval bij een omgevingsplan een ruimtelijk project van publiek belang wordt toegestaan.

leefomgeving en er ruimte voor participatie bestaat. Dit criterium beperkt participatie in ieder geval tot de projecten en opgaven waarvoor in een omgevingsplan een verruiming ten opzichte van het voorgaande regime wordt gecreëerd. Ik kan mij evenwel voorstellen dat een beperktere groep van projecten of opgaven wordt aangewezen. Immers, liever echte participatie voor de projecten die daadwerkelijk een impact hebben op de leefomgeving en waarvoor geen of een fragiel maatschappelijke draagvlak bestaat, dan een oppervlakkige participatie voor iedere nieuwe ruimtelijke ontwikkeling.

5. Conclusie

In hoeverre participatie in de Ow wordt verankerd is eerst en vooral een politieke keuze, en geen juridische. Maar als daarvoor wordt gekozen – en dat is evident het geval – dan geldt vanuit een juridisch perspectief dat participatie op zo'n wijze moet worden geregeld dat de wet, zoveel als redelijkerwijs mogelijk, effectief, rechtszeker en voor iedereen gelijk is.

Wat betreft de effectiviteit heb ik, met name in § 4, onderbouwd dat participatie thans erg algemeen en vrijblijvend is geregeld. Zo bestaat geen verplichting tot het vaststellen en in acht nemen van een participatieplan. Verder bestaat bij de vaststelling van een omgevingsplan geen verplichting tot participatie, maar slechts een verplichting om te onderbouwen of en in hoeverre participatie heeft plaatsgehad. Het risico van zo'n algemene en vrijblijvende regeling is dat de Ow geen structureel andere projectaanpak tot gevolg zal hebben. De achterliggende doelstellingen dat een breed draagvlak voor nieuwe ontwikkelingen wordt geborgd, betere besluiten worden genomen en procedures sneller verlopen, worden dan niet optimaal gerealiseerd.

Deze conclusie laat onverlet dat, vooral voor het projectbesluit, de Ow ook maatregelen bevat die tegemoet komen aan de genoemde doelstellingen. Zo zou de mogelijkheid voor de omgeving om in de verkenningsfase van een project of een opgave alternatieven en varianten voor te stellen, kunnen leiden tot een beter, want milieuvriendelijker project of projectrealisatie. In zo'n geval zal participatie bijdragen aan een betere bescherming van het milieu. Voor het omgevingsplan en voor private initiatieven waarvoor een omgevingsvergunning wordt aangevraagd, bevat de wet echter geen verplichting om samen met de omgeving (binnen bepaalde randvoorwaarden) te zoeken naar het voor het milieu meest aantrekkelijke project of projectvariant.

Wat betreft de rechtszekerheid is het belangrijkste aandachtspunt dat niet duidelijk is wanneer en waarover participatie moet plaatsvinden, en voor wie participatie openstaat. In dat kader heb ik naar voren gebracht dat de Ow in mijn ogen ten onrechte een onderscheid maakt tussen participatie in het kader van, enerzijds, een projectprocedure en, anderzijds, een omgevingsplan en een omgevingsvergunningaanvraag. In mijn ogen zou voor de vraag of participatie moet plaatsvinden, bepalend moeten zijn of het gaat om een project waarvoor geen of een fragiel maatschappelijk draagvlak bestaat. Het zou daarom beter zijn om typen projecten en opgaven aan te wijzen in plaats van aan te knopen bij de verschillende procedures die de Ow regelt. Verder zij gewezen op mijn conclusie dat de wet aan de overheid en (private) initiatiefnemers duidelijker moet aangeven welke

participatieverplichtingen op hen rusten. Bij gebreke van concrete instructies en materiële normen ligt bovendien het gevaar op de loer van grote lokale verschillen, hetgeen leidt tot ongelijkheid. Met het opnemen van instructies en materiële normen voor participatie zou ook moeten worden geregeld dat het bevoegd gezag een aanvraag reeds omdat geen sprake is van een behoorlijke participatie terzijde kan schuiven.

In mijn ogen zullen duidelijker participatiebepalingen in de Ow niet leiden tot een ongewenste juridisering. Het enkele feit dat participatie in de Ow komt, zal ertoe leiden dat participatie een rol kan gaan spelen in beroepsprocedures. Bij gebreke van een duidelijke verplichting tot participatie en een helder participatiebegrip is daarbij de kans reëel dat de rechter zal oordelen dat de Ow geen verplichting tot participatie impliceert. Als een gevolg daarvan zou het niet-bestaan van een participatieverplichting kunnen worden verheven tot nieuwe norm. De Ow heeft dan geen toegevoegde waarde ten opzichte van de huidige wetgeving, waarin participatie geen structurele plaats heeft. Oftewel, om te bewerkstelligen dat de Ow bijdraagt aan een daadwerkelijke participatie (bij complexe projecten) zou de wetgever meer richting aan participatie moeten geven.

Ondanks het feit dat vanuit het oogpunt van effectiviteit, rechtszekerheid en gelijkheid kanttekeningen bij de participatiebepalingen in de Ow kunnen worden geplaatst, is hiermee nog geen gegeven dat participatie bij het omgevingsplan anders moet worden geregeld en dus het antwoord op de centrale vraag 'ja' luidt. Bepalend daarvoor is vooral of het mogelijk is om bij wet instructies of materiële normen voor participatie op te nemen. Mijns inziens kan dat op basis van de beschikbare informatie niet worden vastgesteld. Immers, noch uit de praktijk, noch uit de stukken rondom de Ow volgt een consistent en evenwichtig beeld van, onder meer, hetgeen onder participatie wordt verstaan, wie in een participatieproces worden betrokken, en wanneer en waarover participatie dient plaats te vinden. Het in kaart brengen van een dergelijk beeld vergt een brede inventarisatie van de praktijk, om vervolgens te bezien of instructies en materiële normen voor het participatieproces (bij een omgevingsplan) bij wet kunnen worden geregeld en of duidelijke criteria kunnen worden geformuleerd voor het aanwijzen van de gevallen waarin participatie (in ieder geval) moet plaatsvinden. Deze inventarisatie behelst meer dan een juridisch onderzoek alleen.

Het is op zich denkbaar dat de conclusie van een brede inventarisatie is dat bij wet nauwelijks instructies of materiële normen over het inrichten van een participatieproces kunnen worden gegeven. Zou die conclusie worden getrokken, dan is het voor mij de vraag of het verstandig is om participatie in brede zin te regelen in de Ow, naast de op zich heldere regeling voor het aandragen van alternatieven en varianten in de verkenningsfase van de projectprocedure. Als geen instructies of materiële normen voor participatie kunnen worden gegeven en participatie bij de vaststelling van een omgevingsplan niettemin het uitgangspunt is, dan is het zaak om centraal en richtinggevend te sturen op de genoemde noodzakelijke verandering van de bestuurscultuur. Ingeval uitsluitend wordt volstaan met de huidige regeling van participatie bij het omgevingsplan, dan is de kans reëel dat de Ow wat betreft participatie geen effectieve prikkel voor een andere projectaanpak vormt, maar blijft steken op het niveau van symboolwetgeving.